



Roj: **STS 602/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:602**

Id Cendoj: **28079130042018100066**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **19/02/2018**

Nº de Recurso: **3909/2015**

Nº de Resolución: **244/2018**

Procedimiento: **Contencioso**

Ponente: **ANTONIO JESUS FONSECA-HERRERO RAIMUNDO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 244/2018

Fecha de sentencia: 19/02/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 3909/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 13/02/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Jesus Fonseca-Herrero Raimundo

Procedencia: T.S.J.ILLES BALEARS SALA CON/AD

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

Transcrito por: MMC

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 3909/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Jesus Fonseca-Herrero Raimundo

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 244/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jorge Rodriguez-Zapata Perez, presidente

D. Segundo Menendez Perez

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Dª. Maria del Pilar Teso Gamella



D. Antonio Jesus Fonseca-Herrero Raimundo

D. Jose Luis Requero Ibañez

D. Rafael Toledano Cantero

En Madrid, a 19 de febrero de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 3909/2015, **interpuesto por** la COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LAS ISLAS BALEARES, representada y defendido por Letrada de sus Servicios Jurídicos, **contra** la sentencia dictada el 16 de julio de 2015 por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Las Islas Baleares y recaída en el recurso nº 11/2011, que estimaba parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Plataforma para la libre apertura de Farmacias contra la Resolución dictada el día 29 de octubre de 2010 por el Consejero de Salud y Consumo y que desestima el recurso de alzada que previamente deducido contra 18 Resoluciones de la Directora General de Farmacia de 27 de abril de 2010 que convocaban otros tantos concursos de méritos para la adjudicación de oficinas de farmacia en las zonas farmacéuticas de Mallorca e Ibiza..

Ha sido parte recurrida la Plataforma para la libre apertura de Farmacias, que no se ha personado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Jesus Fonseca-Herrero Raimundo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso nº 11/2011, seguido en la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Las Islas Baleares, el día 16 de julio de 2015 se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: << PRIMERO.- Declaramos la inadmisibilidad del examen de constitucionalidad de al Ley Balear 7/1998, de 12 de noviembre, de Ordenación Farmacéutica.

SEGUNDO.- Se desestiman el resto de las causas de inadmisibilidad invocadas por la demandada.

TERCERO.- ESTIMAR el presente recurso contencioso-administrativo y DECLARAR inadecuados al ordenamiento jurídico los actos administrativos impugnados los cuales ANULAMOS en tanto es disconforme con el ordenamiento jurídico el punto 7 del apartado II de las bases de la convocatoria aprobadas por la directora general de Farmacia el 27 de abril de 2010 convocando concursos de méritos para la adjudicación de oficinas de farmacia a las zonas farmacéuticas de Mallorca e Ibiza.

CUARTO.- No se hace una expresa imposición de costas procesales>>.

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia anunció recurso de casación la Comunidad Autónoma de Las Islas Baleares, que la Sala de instancia tuvo por preparado acordando el emplazamiento a las partes y la remisión de las actuaciones a este Tribunal Supremo.

TERCERO.- La recurrente formalizó el recurso anunciado que lo articula en dos motivos alegados al amparo del artículo 88.1, c) y d) de la Ley Jurisdiccional, suplicando que se dicte sentencia que << estime el Recurso de Casación interpuesto y revoque la sentencia recurrida, se declare la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo interpuesto de adverso, con los demás pronunciamientos a que haya lugar en virtud de dicha revocación >>.

CUARTO.- Evacuando el traslado conferido, la representación de la parte recurrida no presentó escrito alguno.

QUINTO.- Mediante providencia de 18 de diciembre de 2017 se designó nuevo magistrado ponente y señaló para votación y fallo el día 13 de febrero de 2018.

SEXTO.- En la fecha acordada han tenido lugar la deliberación y fallo del presente recurso. Y el 14 de febrero siguiente se pasó a la firma la sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en este recurso la sentencia dictada el 16 de julio de 2015 por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Las Islas Baleares y recaída en el recurso nº 11/2011, que estimaba parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Plataforma para la libre apertura de Farmacias contra la Resolución dictada el día 29 de octubre de 2010 por el Consejero de Salud y Consumo y que desestima el recurso de alzada que previamente deducido contra 18 Resoluciones de la Directora General de Farmacia de 27 de abril de 2010



que convocaban otros tantos concursos de méritos para la adjudicación de oficinas de farmacia en las zonas farmacéuticas de Mallorca e Ibiza.

En el recurso seguido ante la Sala territorial, además de los citados actos administrativos, se impugnaba indirectamente el Decreto de 25/1999, de 19 de marzo, por el que se aprueban las zonas farmacéuticas de las Islas Baleares, y el procedimiento para la autorización de nuevas oficinas de farmacia. También se cuestionaba la conformidad a derecho europeo de la Ley 7/1998, de 12 de octubre, de Ordenación Farmacéutica de las Islas Baleares, argumentando para ello que resultaba contraria al artículo 49 del Tratado de la Unión que reconoce la libertad de establecimiento.

La Sala territorial planteó cuestión de inconstitucional del 24.5 1º de la Ley del Parlamento Balear 7/1998, de 12 de noviembre, que impedía participar en el procedimiento para la autorización de una nueva oficina de farmacia a los farmacéuticos que tuviesen más de 65 años en el momento de presentación de la correspondiente petición. Cuestión que se asumió por el citado Tribunal Constitucional, el cual, en la sentencia del día 2 de marzo de 2015 - cuestión núm. 2285-2013 - la estimó declarando la inconstitucionalidad del referido inciso.

Con ese antecedente la Sala dictó la sentencia que ahora se impugna y efectuó los siguientes pronunciamientos:

1º) declaró inadmisibles por las pretensiones ejercitadas frente a la Ley 7/1988;

2º) rechazó las otras dos causas de inadmisibilidad opuestas por la Administración y, en particular por el alcance de este recurso de casación, la falta de legitimación activa de la Plataforma recurrente;

3º) rechazando la posibilidad de plantear cuestión prejudicial de la Ley 7/1988 y partiendo de la conformidad a derecho del Decreto autonómico 25/1999, estimó parcialmente el recurso contencioso administrativo declarando la nulidad del Punto 7 del Apartado II de las Bases de la convocatoria por considerarlo contrario al artículo 15.5 del Decreto 25/1999 . Para este pronunciamiento empleó el siguiente argumento:

<<Debe estimarse, en cambio, que el baremo de méritos no iba suficientemente bien; todo lo contrario, había partes que no podían colocarse. Eso arrastró a las convocatorias impugnadas que contuvieron disposiciones contradictorias con el que hemos ido diciendo vulnerando, incluso, el contenido del artículo 15.5 del Decreto 25/1999 . Precisamente así se puede ver en este:

"El ejercicio profesional prestado como farmacéutico regente, sustituto o adjunto se deberá acreditar mediante el correspondiente nombramiento, y se adjuntará, en todo caso, la certificación de cotización del período del que se trató, expedida por el órgano competente de la Seguridad Social"

Mientras que, en cambio, en el punto 7 del apartado II de las bases de la convocatoria podemos leer:

"7. El ejercicio profesional prestado como farmacéutico regente, sustituto o adjunto, se debe acreditar mediante el correspondiente nombramiento o documento acreditativo equivalente, en el caso de comunidades autónomas que no hagan nombramientos, y se adjuntará, en todo caso, la certificación de cotización como licenciado en farmacia del período del que se trató, expedida por el órgano competente de la Seguridad Social, que, en todo caso, deberá corresponder con el grupo de cotización 01 (titulados superiores), excepto en el caso del cónyuge, descendientes, ascendientes y otros parientes por consanguinidad o adopción que pueden cotizar por el régimen especial de trabajadores por cuenta propia o autónomos. Se deberá presentar documentación acreditativa del parentesco. En caso de que no se acredite el nombramiento o bien la cotización, no se valorará el período de tiempo correspondiente.

No obstante, cuando el ejercicio profesional que se debe acreditar corresponda a un período anterior al 22 de noviembre de 1998, y no se dispuso del oportuno nombramiento, se deberá adjuntar copia del contrato laboral que especifique el período y la tarea desarrollada y, además, la certificación señalada anteriormente. En caso de que no pueda aportar copia del contrato laboral, se debe probar la existencia de este, así como su período de vigencia y la tarea desarrollada por el farmacéutico a través cualquier medio de prueba admitido en derecho".

En consecuencia, fue un exceso. Han de anularse las convocatorias.>>.

En el recurso de casación se ataca la sentencia con dos motivos: a) el primero por le letra d) del artículo 88.1 de la Ley jurisdiccional 29/1998, al entender que la sentencia vulnera lo dispuesto en los artículos 69,b) y 19.1,a) de la Ley jurisdiccional , así como la jurisprudencia que los interpreta, ello por admitir la legitimación activa de la Plataforma; b) el segundo, articulado por la letra c) de esa norma procesal con base en considerar que la sentencia vulnera las normas reguladoras de la sentencia contempladas en los artículos 33.1 º y 2 º y 67.1º de la Ley jurisdiccional , en relación con el artículo 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el 24.1 de la Constitución Española , ello por anular los actos impugnados con base en un motivo no alegado en el recurso.



SEGUNDO .- El primero de los motivos no puede ser aceptado. La administración tramitó y resolvió acumuladamente los 18 recursos de alzada que la Plataforma para la libre apertura de Farmacias interpuso contra las Resoluciones de convocatoria de concurso de méritos para la adjudicación de las oficinas de farmacia sin negarle en ningún momento el interés legitimador que le negó en vía jurisdiccional y que de forma acertada resolvió la sentencia que se impugna. No puede obviarse que la entidad actora es una asociación cuyos estatutos contienen entre sus fines el de estudiar la realidad jurídica existente y promover en consecuencia los marcos jurídicos que permitan llegar a la libre apertura de farmacias, así como cualquier otra finalidad de fomento, desarrollo y fortalecimiento de la profesión farmacéutica (artículo 4. 3º y 8º de los Estatutos obrante en el proceso de instancia), de lo cual se colige claramente que la impugnación que realiza de la disposición general recurrida -Decreto 25/1999 - tiende a la consecución de estos fines, por lo que es evidente que su actuación responde al interés legítimo para el que fue constituida. Además, no podemos perder de vista que de una eventual estimación de la demanda se derivarían beneficios ciertos y concretos para sus asociados.

TERCERO .- Diferente será la respuesta que demos al otro motivo casacional pues es procedente su estimación.

Conviene recordar que mediante el motivo previsto en el artículo 88.1.c) de la LJCA , no se trata de analizar el acierto de lo razonado y resuelto por la sentencia y su conformidad, o no, con el ordenamiento jurídico. No. Se trata únicamente de establecer si la sentencia ha omitido examinar una pretensión o un motivo de impugnación, ha resuelto una cuestión distinta de las suscitadas en el proceso, o su razonamiento es contradictorio, que es lo que se invoca en este caso, es decir, la denominada incongruencia omisiva e incongruencia interna.

En este sentido, resulta adecuado consignar la doctrina del Tribunal Constitucional, formulada respecto del principio de congruencia de las resoluciones judiciales, expuesta en la sentencia 30/2007, de 12 de febrero , que se reitera, sustancialmente, en las sentencias 53/2009, de 23 de febrero , 83/2009, de 25 de marzo y 24/2010, de 27 de abril :

<<En particular, respecto de la congruencia de las resoluciones judiciales, y a salvo las singularidades del ámbito penal, desde la STC 20/1982, de 5 de mayo , venimos recordando que la misma se mide por el ajuste o adecuación entre lo resuelto y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones y peticiones, de manera tal que no puede la Sentencia otorgar más de lo que se hubiera pedido en la demanda, ni menos de lo que hubiera sido admitido por el demandado, ni otorgar otra cosa diferente, que no hubiera sido pretendida.

Siendo ello así, la incongruencia procesal puede revestir tres modalidades. Existe, en primer lugar, la llamada incongruencia omisiva o ex silentio que tendrá lugar "cuando el órgano judicial deje sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución" (SSTC 202/1998, de 14 de octubre , FJ 5 ; 124/2000, de 16 de mayo, FJ 3 ; y 85/ 2006, de 27 de marzo , FJ 5). La denominada incongruencia extra petitum se produce, en segundo lugar, cuando el pronunciamiento judicial recae "sobre un tema no incluido en las pretensiones deducidas en el proceso, de tal modo que se haya impedido a las partes la posibilidad de efectuar las alegaciones pertinentes en defensa de sus intereses relacionados con lo decidido, provocando su indefensión al defraudar el principio de contradicción" (SSTC 311/1994, de 21 de noviembre , FJ 2 ; 124/2000, de 16 de mayo, FJ 3 ; y 116/2006, de 24 de abril , FJ 8). La incongruencia por error acontece, en tercer lugar, cuando se dan al unísono las dos anteriores clases de incongruencia, tratándose, por tanto, de supuestos "en los que, por el error de cualquier género sufrido por el órgano judicial, no se resuelve sobre la pretensión formulada en la demanda o sobre el motivo del recurso, sino que equivocadamente se razona sobre otra pretensión absolutamente ajena al debate procesal planteado, dejando al mismo tiempo aquélla sin respuesta" (SSTC 369/1993, de 13 de diciembre , FJ 4 ; 213/2000, de 18 de septiembre, FJ 3 ; y 152/2006, de 22 de mayo , FJ 5).>>.

Pues bien, asiste razón a la Administración autonómica recurrente cuando afirma que la sentencia impugnada acoge un motivo nunca alegado en el recurso y anula una previsión no cuestionada. Efectivamente, la sola lectura de los 58 folios que integraban la demanda presentada por la Plataforma para la libre apertura de oficinas de farmacia y, de manera más particular, los folios 43 a 55 que son los que se emplean para desarrollar lo que se calificaba como "Nulidad de los preceptos del Baremo por discriminatorios" y los 8 folios del escrito de conclusiones de dicha parte, pone de relieve que no existe mención o argumento alguno sobre las previsiones contenidas en el punto 7 del apartado II de las Bases reguladoras de las convocatorias de los concursos de méritos para la adjudicación de oficinas de farmacia, punto en el que se establecía la forma en que debería ser acreditado "el ejercicio profesional prestado como farmacéutico regente, sustituto o adjunto". En esos escritos se cuestionaban exclusivamente las previsiones establecidas relativas (1) a la exclusión de participación de las personas mayores de 65 años y, (2) a la valoración exclusiva de la experiencia profesional



realizada en el ámbito de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares y no la experiencia análoga adquirida en cualquier país de la Unión Europea.

CUARTO .- Lo anteriormente argumentado determina que deba ser parcialmente estimado el recurso de casación, con exclusiva anulación de la previsión que contiene el fallo de la sentencia impugnada declarado disconforme con el ordenamiento jurídico el punto 7 del apartado II de las bases de la convocatoria aprobadas por la Directora General de Farmacia el 27 de abril de 2010 convocando concursos de méritos para la adjudicación de oficinas de farmacia a las zonas farmacéuticas de Mallorca e Ibiza, único extremo del recurso que fue acogido y que determinó su estimación, lo que conllevará que debe efectuarse ahora pronunciamiento desestimatorio del recurso de la instancia.

QUINTO .- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA , al estimarse en parte el recurso de casación no se hace imposición de las costas, sin que proceda hacer imposición de las correspondientes a la instancia.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1º.- **HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la COMUNIDAD AUTONOMA DE LAS ISLAS BALEARES, representada y defendido por Letrada de sus Servicios Jurídicos, contra la sentencia dictada el 16 de julio de 2015 por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Las Islas Baleares y recaída en el recurso nº 11/2011 , sentencia que casamos y anulamos en cuando a la declaración de ser disconforme con el ordenamiento jurídico el punto 7 del apartado II de las bases de la convocatoria aprobadas por la Directora General de Farmacia el 27 de abril de 2010 convocando concursos deméritos para la adjudicación de oficinas de farmacia a las zonas farmacéuticas de Mallorca e Ibiza.

2º.- **DESESTIMAR** el recurso contencioso administrativo nº 11/2011 interpuesto por la Plataforma para la libre apertura de Farmacias contra la Resolución dictada el día 29 de octubre de 2010 por el Consejero de Salud y Consumo y que desestima el recurso de alzada que previamente deducido contra 18 Resoluciones de la Directora General de Farmacia de 27 de abril de 2010 que convocaban otros tantos concursos de méritos para la adjudicación de oficinas de farmacia en las zonas farmacéuticas de Mallorca e Ibiza.

3º.- **NO HACER** imposición de las costas del presente recurso ni de las correspondientes a la instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente en estos autos, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal Supremo, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.